

# Waarom harmonisering van het contractenrecht (via beginselen) onwenselijk is

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2001). Waarom harmonisering van het contractenrecht (via beginselen) onwenselijk is. *Contracteren*, 73-74.

## Document status and date:

Published: 01/01/2001

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Verschenen in: *Contracteren* 3 (2001), p. 73-74.

### **Waarom harmonisering van het contractenrecht (via beginselen) onwenselijk is**

J.M. Smits

1. Het lijkt niet moeilijk om redenen aan te dragen vóór harmonisering van het contractenrecht. In het afgelopen decennium is in de (internationale) literatuur herhaaldelijk gepleit voor een uniform Europees of zelfs mondiaal contractenrecht. Hondius geeft redenen voor harmonisatie en weet zich daarbij gesteund door de grote aandacht die de Unidroit Principles of International Commercial Contracts (1995) en de Principles of European Contract Law (1995/2000) in de literatuur genieten. Aan mij de taak om de andere zijde van de medaille te laten zien. Zoveel redenen voor harmonisatie als Hondius geeft is me te veel, maar ik geloof wel dat het soortelijk gewicht van mijn (bescheidener hoeveelheid) argumenten zwaarder is dan wat de voorstanders van harmonisatie ons bieden. De lezer oordele zelf.

2. Vooraf aan de vraag naar de *methode* van harmonisatie gaat de vraag naar de *wenselijkheid* van een uniform contractenrecht. Vereist de Europese interne markt dat het contractenrecht één is, zoals het standaardargument luidt? Ik betwijfel het: vanuit de rechtspraktijk bereiken mij zelden berichten dat de huidige diversiteit in Europa de handel belemmert. Dat verbaast ook niet: grotere bedrijven die zich in grensoverschrijdende handel begeven, maken hun eigen contractsvoorwaarden. Voor zover dat niet kan omdat dwingend recht daaraan in de weg staat (wat zelden het geval is), verdiepen zij zich in het recht van de handelspartner. Kleinere bedrijven zullen vooral puur nationale contracten maken. Resteert een groep van middelgrote bedrijven die af en toe met buitenlandse partners handelen. Is harmonisatie nuttig voor hen? De Europese instellingen vinden van wel: volgens hen zijn de kosten van het maken van aparte contractsvoorwaarden met de buitenlandse partner voor die bedrijven te hoog. Dat zij daarom *afzien* van contracteren, wil er bij mij echter maar moeilijk in. In elk geval moet eerst onderzocht worden in hoeverre dat het geval is; een dergelijk onderzoek op basis van statistische gegevens is mij onbekend.

Ik voeg hier – heel kort, want bij wijze van impressie – nog twee dingen aan toe. In de eerste plaats: waarom dan toch al die aandacht voor harmonisatie als het nut er van gering is? Welnu: die aandacht is er eigenlijk alleen in de rechtsgeleerde literatuur (en dan nog vooral in Duitsland, Nederland en Italië); de samenstellers van de Principles of European Contract Law zijn ook bijna allen wetenschapper. Anthony Ogus (in ICLQ 1999, p. 405 v.) heeft een plausibele verklaring voor de grote aandacht die geleerden voor het Europees privaatrecht hebben: enkel met behulp van de wetenschap is het mogelijk om Europese beginselen of een Europees BW te vervaardigen. Door nu steeds te hameren op het grote belang van harmonisatie, vergroten wetenschappers hun eigen aanzien en marktwarde. Dat is een sceptische visie, maar toch niet geheel van waarheid ontbloot. In de tweede plaats: het argument dat de transactiekosten van de grensoverschrijdende handel thans te groot zijn, moet worden gezien in het licht van de kosten van een geharmoniseerd contractenrecht. Zouden de toekomstige kosten van een nieuw in te voeren recht voor elke nationale (en internationale) transactie kleiner zijn dan de huidige kosten van grensoverschrijdende transacties? Dat is een retorische vraag.

3. Dan de methode van harmonisatie. De meest in het oog springende methode is die door middel van het opstellen van beginselen (die overigens meestal de vorm hebben van ‘gewone’ rechtsregels – ik denk zowel aan de beide sets van contractenrechtelijke beginselen als aan het werk dat wordt verricht binnen het ‘European Civil Code’-project). Deze beginselen zijn óf een grote gemene deler van wat alle Europese (of mondiale) rechtssystemen gemeen hebben óf een

welbewuste keuze voor een ‘progressieve’ oplossing (zie PECL 2000, p. xxiv). Mijn grootste bezwaar tegen het opstellen van dit soort beginselen is dat zij vaak zo algemeen zijn dat zij weinig informatieve waarde hebben. Zij geven doorgaans een regel weer die zo abstract is dat we er weinig mee kunnen. Dat is niet erg voor de wetenschap, die zo een beginsel kan gebruiken als een soort ‘gemeenschappelijke taal’ voor Europese geleerden. Maar indien het beginsel het nationale recht moet gaan vervangen – wat volgens de toelichting (PECL 2000, p. xxiv) een van de doelstellingen is van de PECL – dan voorzie ik grote problemen. Tot uniformiteit zal dat in elk geval niet leiden, want dat abstracte beginsel zal in elk land anders worden geïnterpreteerd; een hoogste Europese (of mondiale) rechter die over de uitleg gaat lijkt mij vooralsnog een utopie.

Er zijn andere argumenten aan te voeren tegen harmonisatie via beginselen. Ik verwijs naar de geschriften van Pierre Legrand – die er onder meer op wijst dat de hele idee van codificatie van recht in een set beginselen zozeer indruist tegen de common law-mentaliteit (die immers is gebaseerd op *case law*) dat een uniform Europees privaatrecht er nooit zal komen. Ik laat dan nog daar dat overeenstemming op politiek niveau over de *inhoud* van de beginselen evenmin eenvoudig is. Wel wijs ik er op dat de tot nu toe meest succesvolle harmonisatie is geschied door Europese *richtlijnen*. Deze richtlijnen harmoniseren kleine stukjes van het contractenrecht op gebieden waar dat echt noodzakelijk is: bescherming van consumenten, bescherming van de crediteur tegen betalingsachterstanden, etc. Deze harmonisatie via richtlijnen voert echter juist weg van de beginselen-benadering omdat het contractenrecht steeds minder door uniforme beginselen wordt beheerst, maar er juist door wordt opgesplitst in aparte, elk door eigen richtlijnen beheerste, onderdelen.

4. Met het bovenstaande zijn de in mijn ogen belangrijkste argumenten tegen harmonisatie via beginselen gegeven. Resumerend: de *wenselijkheid* er van met het oog op het economisch belang staat geenszins vast en het invoeren van Europese (of mondiale) beginselen zal niet tot uniformiteit leiden en komt deels in strijd met het al bestaande geharmoniseerde recht.

Betekent het bovenstaande dat ik niet geloof in een Europees privaatrecht? Nee, dat betekent het niet. Ik geloof daar wel degelijk in, maar met een ander argument voor de wenselijkheid er van en door gebruik te maken van een andere methode. Ik acht een Europees privaatrecht voor de praktijk wenselijk omdat door confrontatie van het nationale recht met oplossingen van elders een *beter* recht wordt gecreëerd: het arsenaal aan oplossingen van concrete problemen neemt immers toe door ook kennis te nemen van hoe het elders is geregeld. Daar komt bij dat de privaatrechtswetenschap zeer gebaat is bij een internationalisering van haar discipline: identieke rechtsvragen worden thans nog te vaak geïsoleerd (dat wil zeggen puur nationaalrechtelijk) behandeld.

De bij dit argument horende en door mij gepropageerde methode van unificatie is niet unificatie van bovenaf, maar van onderop. In een Darwiniaans proces van natuurlijke selectie kunnen de voor Europa (of de wereld) beste rechtsregels evolueren, mits maar kennis bestaat over de rechtsregels van andere landen. Internationale beginselen zijn daarbij van weinig waarde, de bestaande *nationale* oplossingen (in Europa naast Europese richtlijnen ter voorkoming van uitwassen van de interne markt) des te meer: die kunnen immers bij goed functioneren worden getransplanteerd naar andere stelsels. Wie zo redeneert, heeft ook historisch gezien het gelijk aan zijn zijde: rechtsontwikkeling heeft vrijwel steeds plaatsgehad door het transplanteren van rechtsfiguren van het ene land naar het andere. Snel is deze ‘organische’ methode niet, maar die prijs betaal ik graag: liever een evenwichtige rechtsontwikkeling die op den duur leidt tot een zekere harmonisatie op die terreinen waar dat nodig is dan een plotsklapse gelijkgeschakeling van het privaatrecht van de Europese lidstaten.

